

Handelsrecht

De handelspraktijkenwet na de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Kritiek en praktische vragen

Jules STUYCK,
buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven
advocaat

I. Inleiding

Op 11 mei 2005 zag Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) het licht.¹

Het doel van deze richtlijn is om bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en om een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten schaden, te harmoniseren (art. 1).

De lidstaten moesten vóór 12 juni 2007 de omzetting realiseren. De omzetting-bepalingen moesten uiterlijk op 12 december 2007 van kracht worden.

De lidstaten kunnen evenwel gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007, op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn en die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten. Deze maatregelen moeten onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken te waarborgen en evenredig zijn met dit doel (art. 3, lid 5). Het gaat bv. om de richtlijn misleidende reclame (die in Belgisch recht werd omgezet en die een minimum harmonisatie karakter heeft). De Commissie legt uiterlijk 12 juni 2011 aan het Europees Parlement en de Raad een uitvoerig verslag voor over de toepassing van de richtlijn alsook over de mogelijkheden voor verdere harmonisatie en vereenvoudiging van de communautaire wetgeving inzake consumentenbescherming en, wat artikel 3, lid 5, betreft, over alle op communautair niveau vereiste maatregelen om te garanderen dat passende niveaus van consumentenbescherming worden gehandhaafd. Bij het verslag wordt indien nodig een voorstel tot herziening van deze richtlijn of van andere toepasselijke delen van het Gemeenschapsrecht gevoegd. T.a.v. de overgangperiode van art. 3, lid 5, kan de in artikel 18 bedoelde toetsing, in voorkomend geval, gepaard gaan met de indiening van een voorstel om deze afwijking voor een beperkte periode te verlengen.

De richtlijn werd in het Belgisch recht “omgezet” bij wet van 5 juni 2007,² die op 1 december 2007 in werking is getreden.

¹ Voor een grondigere bespreking van de richtlijn zie J. STUYCK – E. TERRY – T. VAN DYCK, “Confidence through Fairness? The Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market”, *Common Market Law Review*, 2006, 107 e.v.

² B.S., 21 juni 2007.

Zoals de titel aangeeft harmoniseert de richtlijn enkel het recht inzake oneerlijke handelspraktijken in de relatie tussen ondernemingen en consumenten. Voor België (en bepaalde andere lidstaten zoals Duitsland en Oostenrijk) is dit een probleem omdat het recht inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen ten aanzien van consumenten er geïntegreerd is met het recht inzake oneerlijke mededinging³. De oorspronkelijke wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (WHPC) bevat weliswaar een algemene clause inzake oneerlijke mededinging (art. 93) en een aparte clause inzake eerlijke praktijken ten aanzien van de consument (art. 94), maar beide bepalingen zijn gebaseerd op dezelfde norm der “eerlijke handelsgebruiken”, concept dat zijn oorsprong vindt in het Unieverdrag van Parijs. Bovendien bevat de WHPC heel wat “per se” bepalingen (geboden en verboden) die, volgens de *ratio legis* van de wet, zowel de bescherming van concurrenten als van consumenten beoogt.

In deze bijdrage wil ik kort de belangrijkste problemen behandelen die met de omzetting van de richtlijn in Belgisch recht gepaard zijn gegaan en gepaard gaan. Ik zal tot de conclusie komen dat de huidige omzetting (bij wet van 5 juni 2007) en de in het vooruitzicht gestelde grondigere omzetting zullen blijven leiden tot grote praktische problemen die hadden kunnen vermeden worden.

Ik blijf ervoor pleiten de WHPC te vervangen door een modernere meer marktgeoriënteerde wet.

II. De WHPC ⁴

De WHPC integreert zoals gezegd het recht inzake oneerlijke mededinging met bepalingen inzake consumentenbescherming. Het bevat regels inzake informatie van consumenten, het verbiedt of reglementeert bepaalde verkoopmethoden en methoden van sales promotion ten einde concurrenten en consumenten te beschermen, het bevat twee “catch all” bepalingen. De eerste verbiedt elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad waarbij een verkoper andere “verkopers” in hun beroepsbelangen schaadt of kan schaden (art. 93); de tweede verbodt tot aan de inwerkingtreding van de wet van 5 juni 2007 elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daden waarbij een verkoper een of meer consumenten schaadt of kan schaden (art. 94). Art. 93 en 94 verschillen enkel door de schadevereiste. Zij bevatten, althans woordelijk, dezelfde gedragsnorm.

Tenslotte bevat de WHPC de populaire vordering tot staking die school heeft gemaakt in andere rechtsdomeinen, en accessoir straf- en administratieve sancties. Hieraan wijzigt de wet van 5 juni 2007 in essentie niets.

³ Voor een overzicht van het recht inzake onrechtmatige mededinging van de 25 lidstaten van de EU zie H. HARTE-BAVENDAMM – F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar*, München, Beck, 2004.

⁴ Voor wat volgt verwijst ik kortheidshalve naar J. STUYCK, *Handelspraktijken*, 2^e ed., Kluwer, Mechelen, 2004.

Volgens vaststaande rechtspraak vormt elke schending van een wettelijke of reglementaire bepaling bij de beroepsuitoefening een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad. Wanneer concurrenten of consumenten door een dergelijke schending in hun beroepsbelangen worden geschaad kunnen zij de vordering tot staking van de WHPC instellen op grond van art. 93 c.q. art. 94 WHPC (zogen. “onwettige mededinging”).

Doorheen de jaren werd de wetgeving op de handelspraktijken, eerst de wet betreffende de handelspraktijken van 14 juli 1971 en later de WHPC die deze wet verving, aangescherpt. Dit gebeurde ten behoeve van de middenstand met de oude reglementeringen (inzake solden, uitverkopen, de aankondiging van prijsverminderingen, verkoop met premie). Ook werden er (in 1991 of later) nieuwe verboden ingevoerd, namelijk die van verkoop met verlies, gezamenlijk aanbod, prijsaankondigingen tijdens de sperperiodes. De omzetting van EG-richtlijnen leidde tot nieuwe bepalingen inzake consumentenbescherming in de WHP en later in de WHPC: misleidende en vergelijkende reclame, onrechtmatige bedingen, verkoop op afstand.

Het personele toepassingsgebied van de WHPC is hoogst gecompliceerd. De meeste van haar bepalingen zijn enkel van toepassing op “verkopers”. Om verkoper te zijn moet men “producten” of diensten” verkopen. Onroerende goederen vallen niet onder het toepassingsgebied van de meeste bepalingen en diensten van vrije beroepen vallen in het geheel niet onder de WHPC. Effecten ressorteren slechts gedeeltelijk onder de WHPC. Een aparte wet van 2 augustus 2002 bevat een bescherming van de consument inzake reclame, onrechtmatige bedingen en verkoop op afstand bij vrije beroepen.⁵ De naleving van deze wet wordt verzekerd door een vordering tot staking voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg.

III. De richtlijn

§ 1. Context

De richtlijn werd genomen ter uitvoering van het EG consumentenbeleid. De idee van een algemene richtlijn (een kaderrichtlijn) inzake handelspraktijken werd reeds geopperd in het Commissie Groenboek over de Consumentenbescherming in de Europese Unie.⁶ De Commissie (DG Sanco) diende in juni 2003 een voorstel voor een richtlijn in. De richtlijn kwam er vrij snel (mei 2005).

In 2001 diende de Commissie (DG Markt) een voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoopbevordering in de interne markt in. Dit voorstel werd later ingetrokken.

⁵ B.S., 20 november 2002.

⁶ COM(2001)531 def.

Behalve informatieplichten inzake commerciële communicatie en bescherming van kinderen wilde het voorstel de lidstaten verbieden de volgende maatregelen op te leggen:

- een algemeen verbod op het gebruik of de commerciële communicatie van een verkoopbevorderende actie (bv. een verbod van gezamenlijk aanbod);
- tenzij dit op grond van het Gemeenschapsrecht is vereist;
- een beperking van de waarde van een verkoopbevorderende actie, met uitzondering van kortingen op producten met een vaste prijs en verkoop onder de kostprijs;
- een verbod op kortingen voorafgaande aan een seizoensuitverkoop⁷;
- een verplichting om vooraf toestemming te vragen voor het gebruik of de commerciële communicatie van een verkoopbevorderende actie, of een verplichting met gelijke werking.

Nationale bepalingen inzake (weder)verkoop beneden kostprijs (zoals art. 40 WHPC) werden in een later gewijzigde voorstel niet meer geïmplementeerd.

Nu dit voorstel werd ingetrokken kan hiermee alleszins geen rekening worden gehouden bij de interpretatie van de bepalingen van de richtlijn temeer daar de richtlijn een ruim toepassingsgebied heeft (alle handelspraktijken) dat mede de reglementering van de door het voorstel verordening beoogde methoden van verkooppromotie omvat.

§ 2. Toepassingsgebied

Richtlijn 2005/29 is, naar luid van haar titel, van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (vertaling van het Engelse “business-to-consumer”).

De richtlijn definieert het begrip onderneming niet, maar bevat daarentegen een definitie van “handelaar” (een begrip dat voorts niet wordt gehanteerd in de omschrijving van het toepassingsgebied). Handelaar is de natuurlijke of rechtspersoon die de handelspraktijken verricht die onder de richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in zijn naam of voor zijn rekening optreedt⁸ (art. 1, sub b)).

Het handelaarbegrip (“professionnel”, “trader”) wordt in de richtlijn slechts incidenteel gehanteerd (bv. in art. 1, sub h) in de definitie van professionele toewijding en in art. 12: lidstaten mogen eisen dat de handelaar de bewijzen aandraagt van feitelijke beweringen die hij maakt). Hoewel het moet worden betreurd dat de communautaire wetgever het toepassingsgebied van de richtlijn *ratione personae* niet duidelijk heeft gedefinieerd, lijkt het de bedoeling te zijn geweest de richtlijn

⁷ Onze Belgische sperperiodes.

⁸ De Nederlandse tekst van de richtlijn laat soms te wensen (de Belgische wetgever is dus niet de enige die in dit bedje ziek is); de tekst luidt; “die in zijn naam of voor rekenschap van hem optreedt”, in het Frans: “toute personne agissant au nom ou pour le compte d’un professionnel”.

van toepassing te verklaren op de relaties tussen “handelaars”, zoals in art. 1 gedefinieerd, en consumenten.

Het handelaarbegrip van de richtlijn wijkt overigens in essentie niet af van het ondernemingsbegrip, zoals dat onder meer in het kartelrecht wordt gehanteerd. Het omvat elke economische activiteit die op duurzame wijze wordt uitgeoefend (de duurzaamheid ligt besloten in de begrippen “beroeps- en bedrijfsactiviteit”).

Consument is, zoals in andere EG-richtlijnen, enkel de natuurlijke persoon (met uitsluiting van rechtspersonen) die handelspraktijken verricht die onder de richtlijn vallen en die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.

De richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product (art. 3, lid 1). Product is: een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed, rechten en verplichtingen (art. 1, sub b).

De richtlijn laat het *verbintenissenrecht*, en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet. (art. 3, lid 2). Zij doet evenmin afbreuk aan de communautaire of nationale voorschriften inzake gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten (art. 3, lid 3) of aan de vestigingsvoorwaarden, de vergunningsregelingen, de deontologische gedragscodes of andere specifieke voorschriften voor gereguleerde beroepen ter handhaving van hoge integriteitsnormen van de beroepsbeoefenaar, die de lidstaten overeenkomstig het communautaire recht aan beroepsbeoefenaren kunnen opleggen (art. 3, lid 8).

Bovendien bevat de richtlijn een overgangsperiode. Naar luid van art. 3, lid 5 kunnen de lidstaten gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007 op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn en die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten. Deze maatregelen moeten onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken te waarborgen en evenredig zijn met dit doel.

De richtlijn is van toepassing op alle sectoren van het economisch leven. Artikel 3, lid 9 bepaalt evenwel dat wat “financiële diensten” in de zin van Richtlijn 2002/65/EG en onroerend goed betreft, de lidstaten vereisten mogen opleggen die op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn. De bepalingen van de richtlijn zijn evenwel ook op deze sectoren van toepassing.

Financiële diensten in de zin van richtlijn 2002/65/EG (verkoop op afstand financiële diensten) zijn: iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen (art. 2, sub b)).

Met betrekking tot het door de richtlijn bestreken gebied is het tenslotte van belang overweging 7 uit de preambule te citeren: *“Deze richtlijn betreft handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden van beslissingen van de consument over transacties met betrekking tot producten. Deze richtlijn is niet van toepassing op handelspraktijken die hoofdzakelijk voor andere doeleinden bedoeld zijn, bijvoorbeeld commerciële communicatie gericht op beleggers, zoals jaarverslagen en promotiemateriaal over bedrijven. Deze richtlijn is niet van toepassing op wettelijke voorschriften in verband met smaak en fatsoen, die van lidstaat tot lidstaat sterk verschillen. Handelspraktijken zoals het op straat aanklappen van personen voor commerciële doeleinden kunnen in sommige lidstaten om culturele redenen niet gewenst zijn. De lidstaten moeten dan ook, overeenkomstig de communautaire regelgeving, handelspraktijken op hun grondgebied aan banden kunnen blijven leggen om redenen van smaak en fatsoen, ook indien die praktijken de keuzevrijheid van de consument niet beperken. Bij de toepassing van de richtlijn, met name van de algemene clausules, moet terdege rekening worden gehouden met de situatie per geval.”*

Deze overweging roept vele vragen op die hier niet alle exhaustief aan bod kunnen komen. Er is onder meer de vraag in hoeverre lidstaten, rekening houdend met het karakter van maximum harmonisatie van de richtlijn, nog bepaalde praktijken mogen verbieden op ethische gronden, andere dan “smaak of fatsoen” (bv. reclame die in strijd is met de menselijke waardigheid; cfr. de discussies en procedures rond bepaalde “Benneton” reclame in verschillende lidstaten) wanneer deze praktijken wel rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden, van beslissingen van de consumenten over transacties m.b.t. producten? Alvast blijkt uit deze overweging dat commerciële communicatie gericht op beleggers (bv. prospectus bij uitgifte van effecten) niet onder de richtlijn valt. Dit laatste wordt evenwel tegengesproken door de tekst zelf van de richtlijn die betrekking heeft op “producten”, hieronder begrepen “rechten en verplichtingen”.

M.b.t. de diverse complexe vraagstukken die in overweging 8 worden aangesneden moet worden opgemerkt dat de preambule bij een richtlijn geen afbreuk kan doen aan de bewoordingen zelf van de richtlijn.

§ 3. Interne markt

Naar luid van art. 4 (“interne markt”) mogen lidstaten geen beperkingen opleggen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied.

Deze tekst is een compromis. In het aanvankelijke voorstel bevatte artikel 4 twee alinea’s. De eerste alinea werd geschrapt na amendering in het Europees Parlement. Het luidde als volgt: Handelaren moeten, binnen het bij deze richtlijn

geharmoniseerde gebied, enkel voldoen aan de bepalingen van de lidstaat in dewelke zij gevestigd zijn.⁹

Het oorsprongslandbeginsel werd dus verlaten. De richtlijn brengt wel totale harmonisatie tot stand. Dit blijkt uit de systematiek van art. 5 (zie hierna). Ter vergelijking: de oude richtlijn misleidende reclame brengt enkel minimum harmonisatie tot stand; lidstaten mogen strenger zijn. De combinatie van totale harmonisatie en een interne marktclausule zoals die nu in art. 4 staat (met weglating van het oorsprongslandbeginsel) leidt tot het volgende: elke lidstaat mag zijn nationale bepalingen inzake handelspraktijken toepassen op handelspraktijken die op hun grondgebied plaatsvinden ook als die uitgaan van ondernemingen die in andere lidstaten gevestigd zijn (en grensoverschrijdend opereren), maar die bepalingen mogen niet strenger zijn dan wat de richtlijn toelaat, behalve dan, enerzijds, voor alle sectoren, gedurende een overgangsperiode van zes jaar, wanneer die bepalingen de omzetting zijn van minimum harmonisatielijnen en, anderzijds, voor financiële diensten en vastgoed (omdat de richtlijn voor deze sectoren een uitzondering heeft gemaakt op het totale harmonisatiekarakter van de richtlijn).. Anderzijds moeten lidstaten stellig rekening houden met het feit of een grensoverschrijdende handelspraktijk in het land van vestiging van de onderneming toelaatbaar is of werd verklaard. Elk verbod van een dergelijke handelspraktijk moet op een met de richtlijn conforme beoordeling steunen en elke nationale belemmering voor een dergelijke handelspraktijk moet *in concreto* kunnen gerechtvaardigd worden (bv. sociale, taalkundige of culturele factoren, cfr. Overweging 18 van de preambule).

§4. Oneerlijke handelspraktijken: één grote en twee kleine algemene bepalingen en een zwarte lijst

Artikel 5, lid 1, verbiedt oneerlijke handelspraktijken.

Artikel 5, lid 2, bevat een algemene bepaling, vergelijkbaar met artikel 94 oud WHPC. Volgens die bepaling is een handelspraktijk oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,

en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

⁹ Zie over die verdwenen bepaling Jules STUYCK – Evelyne TERRY – Tom VAN DYCK, “La proposition de directive “pratiques commerciales déloyales”: quel marché unique pour le consommateur?” *Revue européenne de droit de la consommation*, 2003, 239 e.v. (op p.265-274). Die bepaling kon potentieel in botsing komen met de klassieke IPR-regel inzake onrechtmatige mededinging, “lex loci delicti commissi”, zoals die ook in VO 864/2007 “Rome II” vervat is.

Professionele toewijding wordt gedefinieerd in artikel 1, sub h) als: het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar.

Artikel 5, lid 3, bevat, op basis van een amendement van het Europees Parlement een bepaling die bedoeld is de “zwakke” consument te beschermen. Zij luidt als volgt: *“Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.”*

Artikel 5, lid 4, bevat twee uitzonderingen van de “catch all” van art. 5, lid 2. “Meer in het bijzonder”, aldus die bepaling, zijn handelspraktijken oneerlijk die:

a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7,

of

b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

De artikelen 6-7 en 8-9 bevatten preciseringen i.v.m. het misleidende c.q. het agressieve karakter van een handelspraktijk.

Tenslotte verwijst art. 5, lid 5, naar Bijlage I die een lijst bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.

Misleidende handelspraktijken worden onverdeeld in misleidende handelingen en misleidende omissies.

Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen: (volgt een lijst van elementen waaronder het bestaan of de aard van het product, de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, de prijs, enz. ...; lijst die vergelijkbaar is met die van de richtlijn misleidende reclame en artikel 23 WHPC (maar uitgebreider

is). Misleiding over niet in deze lijst genoemde elementen zal onder de grote algemene norm van artikel 5 van de richtlijn moeten worden gebracht.

Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

Als misleidende omissie wordt voorts beschouwd een handelspraktijk die essentiële informatie als hoger bedoeld, rekening houdend met de in dat lid geschetste details, verborgen houdt, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig verstrekt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

Overeenkomstig de communautaire wetgeving vereiste informatie met betrekking tot commerciële communicatie, inclusief reclame en marketing, wordt als essentieel beschouwd (een niet-limitatieve lijst staat in bijlage II).

Volgens artikel 8 wordt als agressief beschouwd een handelspraktijk die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.

Artikel 9 preciseert wat onder gebruik van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding moet worden verstaan. Ongepaste beïnvloeding wordt nader gedefinieerd in artikel 2, sub j) als: het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt.

De (zwarte) lijst van bijlage I tenslotte somt limitatief een aantal handelspraktijken op “die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd”.

De lijst bevat een opsomming van 23 misleidende handelspraktijken en 8 agressieve handelspraktijken.

Tot de misleidende handelspraktijken uit de zwarte lijst horen onder meer lokvoelpraktijken, het voorstellen van wettelijke rechten van de consument als een onderscheidend kenmerk, redactionele reclame, het doen van feitelijk onjuiste beweringen over de aard en de omvang van het gevaar voor de persoonlijke vei-

ligheid indien de consument het product niet koopt, het doelbewust creëren van de onjuiste indruk dat een product door een bepaalde fabrikant is geproduceerd, het opzetten van een piramidesysteem, de valse bewering dat men zijn handelszaak stopzet, beweringen dat producten het winnen bij kansspelen kunnen vergemakkelijken en bedrieglijke beweringen dat zij ziekten, gebreken of misvormingen kunnen genezen.

Tot de agressieve handelspraktijken die de zwarte lijst opsomt horen onder meer het wekken van de indruk dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld; de consument thuis opzoeken en zijn verzoek om weg te gaan of niet meer terug te komen, negeren, behalve indien, en voor zover dit gerechtvaardigd is volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven; hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia behalve indien er, voorzover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven; kinderen er in reclame rechtstreeks toe aanzetten om geadverteerde producten te kopen of om hun ouders of andere volwassenen ertoe over te halen die producten voor hen te kopen; niet gevraagde leveringen; de consument uitdrukkelijk meedelen dat, als hij het product of de dienst niet koopt, de baan of de bestaansmiddelen van de handelaar in het gedrang komen; de bedrieglijke indruk wekken dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen dan wel door een bepaalde handeling te verrichten een prijs zal winnen of een ander soortgelijk voordeel zal behalen, als er in feite:

- geen sprake is van een prijs of een ander soortgelijk voordeel, dan wel
- als het ondernemen van stappen om in aanmerking te kunnen komen voor de prijs of voor een ander soortgelijk voordeel afhankelijk is van de betaling van een bedrag door de consument of indien daaraan voor hem kosten zijn verbonden.

Hoe dit ook zij, de grote “Generalklausel” heeft duidelijk een residuair, een “catch all” of “vangnet” karakter. Voorts bevat het de fundamentele concepten waarop ook de twee kleine algemene bepalingen zijn gebouwd.

De zwarte lijst van de bijlage is dus uitputtend, maar ze is lang, zeer lang, en sommige van de items in de opsomming zijn eerder open normen.

IV. De wet van 5 juni 2007¹⁰

§ 1. Inleiding

Hoewel de WHPC bij een oppervlakkige beschouwing de doelstellingen en de bepalingen van de richtlijn vrij dicht benadert – zeker in vergelijking met het recht van de meeste lidstaten van de EU¹¹ vereiste een juiste omzetting van de richtlijn heel wat aanpassingen aan de WHPC.

Een juiste omzetting van de richtlijn vergt evenwel de afschaffing van een aantal verboden uit de WHPC (gezamenlijk aanbod, verkoop met verlies enz.). Dit is vooralsnog niet gebeurd (wet van 5 juni 2007) en wordt ook maar gedeeltelijk overwogen (de verdere hervormingsplannen)

De omzetting van de richtlijn was ook de gelegenheid geweest om de WHPC eindelijk te moderniseren door een duidelijke definitie te geven van haar doelstellingen, deze doelstellingen in overeenstemming te brengen met die van de mededingingswet en door verboden en verplichtingen af te schaffen die in strijd zijn met de grondbeginselen van onze economische ordening, met name vrijheid van handel, van mededinging en vrij verkeer, en met het Gemeenschapsrecht.

Het ziet er naar uit dat België een kans gemist heeft.

§ 2. Hoofddlijnen van de wet van 5 juni 2007

1) In de WHPC worden nieuwe bepalingen ingevoegd voor B2C. Voor B2B blijven de bestaande bepalingen gelden.

2) het verkoperbegrip (enger dan “handelaar” in de richtlijn) blijft gehandhaafd. Vrije beroepen, privé-onderwijsinstellingen en een aantal instellingen uit de sociale sector die economisch activiteiten ontplooien blijven in principe buiten het toepassingsgebied.

3) Het begrip ‘consument’ wordt enkel m.b.t. de nieuwe bepalingen in overeenstemming gebracht met de richtlijn (= enkel natuurlijke personen). Voor de overige bepalingen blijft het ruimere begrip (natuurlijke en rechtspersonen) bestaan.

4) Er wordt, helemaal conform de richtlijn, een nieuwe algemene norm inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten ingevoerd. Volgens het nieuwe artikel 94/5 is een handelspraktijk oneerlijk t.a.v. consumenten wanneer zij in

¹⁰ Volgens art. 122bis, ingevoerd bij de wet van 5 juni 2007 kan de Koning de bepalingen van de wet coördineren met de bepalingen die daaraan uitdrukkelijk of stilzwijgend wijzigingen hebben aangebracht. Een K.B. is klaar maar nog niet ondertekend, naar verluidt omdat er nog een protocolakkoord moet worden gesloten tussen de twee bevoegde ministers (Economie en Consumentenzaken). In deze tekst zal nog verwezen worden naar de ingewikkelde nummering die resulteert uit de wijziging door de wet van 5 juni 2007.

¹¹ Zie het overzicht bij HARTE-BAVENDAMM & HENNING-BODEWIG, *o.c.*.

strijd is met de vereisten van de professionele toewijding en het economisch gedrag van de consumenten op wie zij gericht is, met betrekking tot het product of de dienst, wezenlijk verstoort of kan verstoren. Op de keper beschouwd hat de wetgever art. 94 (dat naar de eerlijke gebruiken verwijst) kunnen handhaven. De richtlijn laat een dergelijke specificatie van de eisen van de professionele toewijding immers toe.

5) Er wordt, eveneens conform de richtlijn, een verbod van misleidende handelspraktijken en van misleidende omissies ingevoerd. Misleiding op zich volstaat niet: de consument moet ertoe gebracht worden of kunnen worden een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

6) Er wordt een lijst van in alle omstandigheden misleidende praktijken ingevoerd. De lijst stemt overeen met die van de richtlijn.

7) Er wordt, eveneens conform de richtlijn, een verbod van agressieve handelspraktijken ingevoerd. Ook hier moet de rechter nagaan of de consument zonder die praktijk hetzelfde besluit over een transactie genomen had.

8) Er wordt een lijst van 7 in alle omstandigheden agressieve handelspraktijken opgenomen. In de richtlijn zijn er acht. De volgende praktijk uit de lijst van de richtlijn werd niet overgenomen: *“Vragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd, tenzij het product een vervangingsgoed is zoals bedoeld in artikel 7, lid 3, van Richtlijn 97/7/EG (niet-gevraagde leveringen).”* De reden voor het niet overnemen is het bestaan van een verbod van afgedwongen aankopen in artikel 76 WHPC. Het verbod uit de richtlijn is echter enerzijds ruimer omdat het, in tegenstelling tot de Belgische wet, de verkoper ook verbiedt de consument te vragen het niet-bestelde maar toch geleverde product te bewaren. Anderzijds is de richtlijn beperkter: het laat immers een onderneming toe in het kader van een verkoop op afstand een niet specifiek gevraagd vervangingsgoed te leveren en om betaling, terugzending of bewaring te verzoeken. De wetgever heeft door punt 29 uit de bijlage van de richtlijn niet over te nemen de richtlijn bijgevolg onjuist omgezet.

9) Talrijke in alle omstandigheden verboden handelspraktijken (verkoop met verlies, gezamenlijk aanbod, prijsaankondigingen tijdens de sperperiodes, openbare verkoop van nieuwe producten, ...) die niet de zwarte lijst van de richtlijn staan blijven in alle omstandigheden (zonder toetsing *in concreto*) verboden. Gelet op het uitputtende karakter van de lijst bij e richtlijn en het totale harmonisatiekarakter van de richtlijn betekent dit opnieuw – en dit maal een zware – fout bij de omzetting van de richtlijn.

10) Strafsancties op alles en nog wat blijven gehandhaafd. De praktijk wijst uit dat ze zelden worden toegepast. Terecht: het strafrechtelijk sanctioneren van de naleving van reglementeringen op sales promotions die in de ons omringende landen niet bestaan of werden afgeschaft zou buiten alle proporties zijn.

11) Er wordt een nieuwe civielrechtelijke sanctie ingevoerd (art. 94/14): wanneer een overeenkomst werd gesloten ingevolge een van de nader genoemde als bijzonder afkeurenswaardig beschouwde misleidende of agressieve handelspraktijken dan kan de consument de terugbetaling van de gevraagde sommen eisen binnen een redelijke termijn vanaf het moment dat hij kennis had of behoorde te hebben van het bestaan ervan, zonder teruggave van het reeds geleverde product of de verleende dienst. Bij de andere in de lijst van in alle omstandigheden misleidende of agressieve handelspraktijken kan de rechter deze sanctie toepassen.

V. Kritiek en praktische problemen

§ 1. Kritiek

Mijn belangrijkste kritiek op de wet van 5 juni 2007 betreft de volgende punten.

A. Handhaving van het verkopersbegrip

De richtlijn is, zoals gezegd, van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van “ondernemingen” jegens “consumenten” (art.3, lid 1). De richtlijn definieert “onderneming” niet (de Engelse versie heeft het over “business-to-consumer”), maar bevat een definitie van “handelaar”, n.l. de natuurlijke of rechtspersoon die de handelspraktijken verricht die onder de richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in zijn naam of voor zijn rekening optreedt. Dit ruime handelaarbegrip, n.l. een persoon die handelt in het kader van een beroeps- of bedrijfsactiviteit stemt in essentie overeen met het ondernemingsbegrip uit het kartelrecht. De Belgische wetgever had bij de omzetting van de richtlijn van dit handelaarbegrip moeten uitgaan.

Het verkopersbegrip van de WHPC, dat gehandhaafd blijft is te eng.,

Zoals uit het ruime begrip “product” van art.2, sub c) van de richtlijn blijkt (“een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed, rechten en verplichtingen”) mag het toepassingsgebied van de nieuwe bepalingen evenmin beperkt mogen worden tot “producten” en “diensten” zoals deze begrippen thans in de WHPC worden gedefinieerd, d.w.z. met uitsluiting (behalve voor sommige bepalingen van de WHPC) van onroerende goederen, diensten die geen daad van koophandel zijn in de zin van het W.Kh en van effecten.

B. Handhaving van verboden en reglementeringen inzake sales promotions

De WHPC bevat heel wat regels inzake methoden van verkooppromotie: het verbod van verkoop met verlies, van het gezamenlijk aanbod en het verbod van de aankondiging van prijsverminderingen tijdens de sperperiodes, de reglementering van solden, uitverkoop en de aankondiging van prijsverminderingen.

Zoals hoger aangegeven harmoniseert de richtlijn enkel de eerlijkheid van handelspraktijken t.a.v. consumenten. Tussen concurrenten kunnen de bestaande regels, ook als zij strikter zijn dan de bepalingen van de richtlijn, blijven bestaan.

De wetgever heeft anderzijds een aantal *per se* verboden gehandhaafd op het gebied van de verkooppromotie, onder meer het verbod van het gezamenlijk aanbod,¹² het verbod van verkoop met verlies en dat van prijsaankondigingen tijdens de sperperiodes.

Er is voorts ook art. 39bis WHPC: het verbod de consument een wisselbrief ter ondertekening voor te leggen om deze laatste de betaling van zijn verplichtingen te laten beloven of waarborgen (vroeger art. 94bis WHPC). Aangezien deze handeling als een handelspraktijk moet worden beschouwd (met name een handeling die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, *verkoop* of levering van producten of diensten aan de consument) en ze niet op de lijst van de richtlijn voorkomt, mag strikt genomen niet meer als zodanig verboden worden. Dit neemt niet weg dat er voor een dergelijk verbod wel wat te zeggen valt.

Men zou zich ook kunnen afvragen of de wet op de ambulante activiteiten van 25 juni 1993 in overeenstemming is met de richtlijn. Deze wet verbiedt (zie art. 4, § 1) ambulante activiteiten die niet worden uitgeoefend op de openbare markten, of op de openbare weg of ten huize van consumenten, dus bv. verkopen in gehuurde lokalen. Voorts is op basis van deze wet (art. 6) ook de ambulante verkoop van een aantal producten zonder meer verboden.¹³

Tenslotte zijn er nog enkele agressieve handelspraktijken die, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht (want ter uitvoering van EG-richtlijnen), door andere bepalingen (dan de lijst van art. 94/11) verboden worden. Zo is er art. 29bis, § 1, eerste alinea, WHPC, thans, na de wet van 5 juni 2007: art. 94/17 WHPC (het gebruik van geautomatiseerde oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst en faxen voor specifiek aan de persoon gerichte reclame zonder voorafgaande toestemming) en art. 14 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, dat voor het verzenden van reclame per elektronische post eveneens een opt-in regime instelde, en de beschermingsregeling bij – geen verbod van – verkopen aan de consument gesloten buiten de onderneming van de verkoper (art. 86-92).¹⁴

Voor zover deze verboden en reglementeringen consumenten beogen te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken kunnen zij, gelet op het karakter van totale harmonisatie van de richtlijn, enkel gehandhaafd worden indien ze in overeenstemming zijn met de richtlijn. Genoemde verboden en regels betreffen, volgens

¹² Zie J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken,” *T.B.H.*, 2005, p. 901-915.

¹³ K.B. 3 april 1995, art. 3, zoals herhaaldelijk gewijzigd.

¹⁴ Uitvoering van richtlijn 85/577/EEG. De Commissie onderzoekt een herziening van deze richtlijn; zie het recente Discussion Paper on the Review of Directive 85/577 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive).

de bewoordingen zelf van de WHPC “handelspraktijken” en ze worden o.m. verboden of gereguleerd teneinde de eerlijkheid t.a.v. consumenten te garanderen. In de bewoordingen van de richtlijn vallen verkoop met verlies, prijsaankondigingen en gezamenlijke aanbiedingen beslist onder de definitie van handelspraktijk van de richtlijn, met name *“iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten,”* Zij vallen echter niet onder de exhaustieve zwarte lijst van de richtlijn en mogen dus niet *per se*, d.w.z. zonder de omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen, verboden worden

§ 2. Praktische problemen

De praktische problemen voortvloeiend uit de onjuiste omzetting van de richtlijn zijn onder meer de volgende:

het naast elkaar bestaan van B2B en B2C bepalingen terwijl verkopers zich ook op B2B bepalingen kunnen beroepen wanneer een handelspraktijk zowel de consumenten raakt als hun eigen belangen. Deze situaties zijn legio. Welke bepalingen zal men dan moeten toepassen?

Een toepassingsgebied *ratione personae* dat bijzonder ingewikkeld blijft. Hoe zal de rechter de nieuwe civielrechtelijke sanctie toepassen?

Wat is het lot van al die bepalingen die hadden moeten worden afgeschaft (zie hierover volgende punt)?

VI. Twee prejudiciële vragen

Een van de vaak ingeroepen bepalingen uit de WHPC die in strijd lijken met de richtlijn is art. 54 WHPC: het verbod van het gezamenlijk aanbod.

Nog vóór de wet van 5 juni 2007 was uitgevaardigd maar al wel door het parlement was aangenomen stelde de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen tweemaal kort na elkaar een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van art. 54 WHPC (verbod van het gezamenlijk aanbod) met de richtlijn. In de tweede zaak vroeg zij ook of art. 54 WHPC verenigbaar is met art. 49 EG (vrijheid van dienstverlening).

In de eerste zaak, C261/07, *VTB-VAB NV t. Total Belgium NV* luidt de vraag als volgt:

“Verzet richtlijn 2005/29 van het Europees Parlement en de Raad inzake oneerlijke handelspraktijken zich tegen een nationale bepaling, zoals die van art. 54 van de Belgische Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument die – behoudens in de gevallen die

limitatief in de wet worden opgesomd – elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument verbiedt, daaronder begrepen het gezamenlijk aanbod van een product, dat de consument moet kopen en een gratis dienst, waarvan de verwerving gebonden is aan de aankoop van het product, en dit ongeacht de omstandigheden van de zaak, inzonderheid ongeacht de invloed die het concrete aanbod op de gemiddelde consument kan hebben en ongeacht of dat aanbod in de concrete omstandigheden als strijdig met de professionele toewijding of de eerlijke handelsgebruiken kan beschouwd worden?”

In de tweede zaak, C299/07, *Galatea BVBA t. Sanoma Magazines Belgium NV* stelde zij de vraag of art. 49 EG Verdrag inzake vrij verkeer van diensten alsmede richtlijn 2005/29 zich tegen een dergelijke bepaling verzetten.

De uitspraak van het Hof in deze zaken zal ongetwijfeld ook ene licht werpen op de vraag of de andere per se verboden van de WHPC (verkoop met verlies, sperperiodes...) verenigbaar zijn met de richtlijn.

VII. De grote hervorming

Vorig jaar werd advocaat Herman De Bauw door de FOD Economie belast met een voorbereidende studie voor een grondigere hervorming van de WHPC in het licht van de richtlijn. Een erkenning dus dat de wet van 5 juni 2007 niet volledig heeft omgezet.

Mr De Bauw heeft enkele maanden geleden zijn rapport voorgelegd aan de FOD en de Raad voor het Verbruik. Het rapport bevat een aantal voorstellen. Zij hebben ook betrekking op aangelegenheden die door andere consumentenrichtlijnen geregeld worden, zoals verkoop op afstand en verkoop buiten de onderneming van de verkoper. De voorstellen op de gebieden die niet onder de richtlijn oneerlijke handelspraktijken vallen worden hier buiten beschouwing gelaten.

In verband met de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken zijn er de volgende voorstellen:

- vervanging van verkoper door onderneming;
- vervanging van twee consumentenbegrippen door één enkel begrip (natuurlijke personen);
- kleine aanpassingen van de reglementering inzake uitverkoop;
- kleine aanpassing van de reglementering inzake openbare verkoop;
- aankondiging van prijsvermindering (nu erg beperkt): versoepeling op bepaalde punten;
- verkoop met verlies: afschaffing van verkoop met verlies aan tussenhandel en van verbod van verkoop met uitzonderlijk beperkte winstmarge;
- soldenreglementering: grotendeels handhaven;
- sperperiode: in principe handhaven (maar reclame voor solden tijdens sperperiodes toelaten);

- gezamenlijk aanbod: afschaffen verbod maar wel onderwerpen aan verbod verkoop met verlies en mogelijkheid verbod in sectoren met bijzondere moeilijkheden.

Op 4 december 2007 heeft de FOD Economie tijdens een door haar georganiseerde publieke workshop de volgende oriëntaties bekend gemaakt:

- vervanging van verkoper door onderneming;
- consument; natuurlijke persoon;
- gezamenlijk aanbod: afschaffen verbod;
- verkoop met verlies: afschaffing van verkoop met verlies aan tussenhandel en van verbod van verkoop met uitzonderlijk beperkte winstmarge;
- soldenreglementering: grotendeels handhaven;
- sperperiode: in principe handhaven (maar reclame voor solden tijdens sperperiodes toelaten);
- aankondiging van prijsvermindering: geen beperking meer van de wijzen waarop aankondiging mag gebeuren (onder voorbehoud van concrete en pedagogische voorstellen);
- uitverkoop: kleine aanpassingen;
- openbare verkoop: enkele kleine aanpassingen.

VIII. Kritiek op de voorgenomen hervorming

Men kan de voorgenomen “grondige” hervorming in de eerste plaats een gebrek aan visie verwijten.

Ook een reële kosten/batenanalyse ontbreekt geheel. Het uitgebreid polsen van alle belangengroepen en daaruit pogen een regeling te distilleren die in het algemeen aanvaardbaar zou kunnen zijn is geen alternatief voor een noodzakelijk onderzoek naar de kosten van zo veel betuttelende regels en de reële voordelen die daaruit voor de markt, het bedrijfsleven en de consumenten kunnen voortvloeien.

Maar die kosten/batenanalyse is zelf niet nodig aangezien de Europese wetgever (overigens met het akkoord van ons land) heeft beslist dat slechts in wel bepaalde gevallen handelspraktijken in alle omstandigheden mogen verboden worden.

Ook in de voorgenomen grondige hervorming blijven bijvoorbeeld, in strijd met de richtlijn, het verbod van verkoop met verlies aan consumenten, de reglementering van solden en uitverkoop, het verbod van aankondigingen van prijsverminderingen tijdens de sperperiodes en het verbod van openbare verkoop van nieuwe producten gehandhaafd. Bovendien lees ik niets over de aanpassing van art. 76 WHPC (afgedwongen aankopen) of over het lot van het wettelijk verbod van wisselbrieven tegenover consumenten.